daß von absoluten Fehlern des Inhalts nicht mehr die Rede sein kann. Das instrumentum referens sine relato oder indiscretum mögen für sich selbst zu der freien Einsicht reden, wieviel sie werth sind [84]).

So wird auch in diesem Abschnitt die Aufhebung der hier vorzugsweise unklaren Beweisregeln auf einfache Grundverhältnisse zurückführen und nicht nur die beweisende, sondern auch die verpflichtende Eigenschaft der Urkunde wahrhaft sicher stellen. Zur Ergänzung bedarf es dann noch einer andern Regelung der Editionspflicht, nemlich der Anerkennung der Pflicht durch Vorlage der Urkunden, d. i. schriftliche Zeugnisse gerade so zu der im allgemeinen Interesse der Gerechtigkeit geübten gerichtlichen Wahrheitsermittlung beizutragen, wie dies bei der Verbindlichkeit zum mündlichen Zeugniß vorausgesetzt wird.

II.

Aus der Rechtsübung eines deutschen obersten Gerichts, des Oberappellationsgerichts in Darmstadt, im Kreise des gemeinen deutschen Civilprozesses. Variae causarum figurae.

Von

Herrn Bopp.
Advokat in Darmstadt.

Zweite Abtheilung.[1]

I. Ist zur Entscheidung der Vorfrage, ob Jemand noch Mitglied einer Gemeinde sei, das Gericht oder die Verwaltungsbehörde competent?

Ein Staatsdiener wurde Mitglied einer Gemeinde (Ortsbürger). Er hatte seinen Wohnsitz in derselben und nahm darum

84) Mehr weiß auch die Legaltheorie, welche die Sätze der älteren Schule so ziemlich vergessen hat, davon nicht mehr zu sagen. Schmid, Bd. 2. §. 145. Bayer, S. 849.

Theil an den Gemeindelasten, wie an den Nutzungen, besonders durch Beziehung des s. g. Loosholzes. Nachdem er versetzt worden war, verweigerte die Gemeinde die fernere Beziehung dieser Nutzung; weil er durch sein Wegziehen aufgehört habe, Ortsbürger zu sein. Er erhob daher gegen die Gemeinde Klage. Das Gericht, davon ausgehend, es handle sich von einer Rechtssache, erkannte auf Beweis. Das durch die Berufung des Klägers angerufene Gericht zweiter Instanz, das Hofgericht in Darmstadt, ging nicht auf das Materielle ein, weil blos die Verwaltungsbehörde competent sei und verwarf darum die Berufung[1]). Aus gleichem Grunde verwarf das oberste Gericht die Oberberufung des Klägers, nach Anleitung des adoptirten Gutachtens des Referenten im Wesentlichen aus folgenden Gründen: Der Gegenstand der Klage sei das Ortsbürgerrecht mit seinen Ausflüssen. Denn Kläger behaupte, dieses Recht durch Aufnahme im Jahr 1815 und damit zugleich die Berechtigung auf Theilnahme an den Allmenden, insbesondere an dem Loosholz, erworben zu haben, und indem er sich dadurch als verletzt finde, daß ihm dasselbe verweigert werde, seit er versetzt worden, verfolge er mit diesem Anspruch für Vergangenheit und Zukunft nichts anderes, als dieses Ortsbürgerrecht, das bestritten werde, weil er nicht mehr im Schooße der Gemeinde wohne und damit von selbst aufgehört habe, deren Mitglied zu sein. Somit beruhe die Schlichtung des Streits auf der Beantwortung einer Vorfrage, welche rein politischer Natur sei. Das sogen. Gemeinde-Indigenat sei nur eine Unterart des Staatsindigenats, mithin eine staatsgesellschaftliche (politische) Eigenschaft. Hieraus folge, daß Fragen, welche den Erwerb oder Verlust derselben berührten, sich nur zur Cognition der politischen, d. h. der Staatsverwaltungsbehörden, eigneten, weil nur sie von der höchsten Staatsgewalt berufen seien, im Kreise des staatsgesellschaftlichen Wesens zu wirken[2]). Wenn Kläger hiergegen den Satz geltend mache,

1) Der Präsident des Gerichtshofes, Minnigerode, gab ein Separatgutachten zu den Acten, worin er sich zu Gunsten des Klägers, für den auch die Minderheit votirte, aussprach. Vergl. überhaupt dessen im Jahr 1835 erschienene Schrift: Beiträge zur Beantwortung der Frage: Was ist Justiz- und was ist Administrativ-Sache?

2) Nach einer Mittheilung im ersten Band der Sammlung interessanter

streitiges Recht sei Justizsache, so sei zu entgegnen, daß zwar alle Justizsachen Rechtssachen, nicht aber alle Rechtssachen Justizsachen seien. Zwar habe es noch nie gelingen wollen, den Begriff von Verwaltungssachen im Gegensatz zu Justizsachen so festzustellen, daß er zur Lösung aller Conflicte ausreiche; so viel sei aber gewiß, daß die Thatsache: streitiges Recht allein nicht hinreiche, um die Angelegenheit vor den Sessel des Civilrichters zu führen; diesem müßten Normen zu Gebote stehen, vermöge deren er das streitige Recht würdigen und zum Gegenstand seiner Entscheidung machen könne. Der Mangel solcher Normen sei ein untrügliches Zeichen, daß nicht der Richter competent sei, und dieses Merkmal fehle in der vorliegenden Angelegenheit. Denn wiewohl sich nicht in Abrede stellen lasse, daß das einmal erworbene Ortsbürgerrecht eine Thatsache sei, welche Rechte und Verbindlichkeiten erzeuge, die der Richter beurtheilen könne, und, so weit sie nicht politischer Natur seien, sogar als Privatrechte erschienen, wie eben die Theilnahme an den Gemeindenutzungen, so folge doch daraus noch nicht die Zuständigkeit des Richters. Handle es sich von einem Verhältnisse politischer oder polizeilicher Art, so sei eine Verwaltungssache erkennbar. Dem Richter stehe dann keine Cognition zu, wenn die Verwaltungsbehörde im Interesse der Cultur oder aus andern Gründen die Abgabe des Loosholzes beschränke oder abstelle und darin eine Verletzung der Privatrechte erblickt werden wolle. Der vorliegende Fall sei aber nicht einmal von solcher Beschaffenheit, daß sich behaupten lasse, es handle sich blos von dem Begriffe und dem Bestehen, also von der Auslegung, Anwendung oder Aufrechthaltung eines erworbenen Rechts; der Anspruch auf Theilnahme an eine Gemeindenutzung sei kein selbstständiges, kein solches Recht, welches wie andere Privatrechte, Eigenthum, Dienstbarkeit u. s. w., ohne Rücksicht auf persönliche Eigenschaften, nur die Thatsache des Erwerbs voraussetze, um bis

---

Erkenntnisse, herausgegeben von Arends, 1845. S. 350 ꝛc. geht das O.-A.-G. in München (Erk. v. Jahr 1837) vom Entgegengesetzten aus: Um eine Sache dem Objekt nach zu einer Justizsache zu stempeln, werde nur erfordert, daß ein verletztes Recht in Frage komme; es sei gleichgültig, ob das Recht aus Privat- oder Staatsverhältnissen erwachse u. s. w.

zum Erlöschen fortzudauern; jener Anspruch sei vielmehr nur ein secundärer, ein solcher, welcher mit einem auf persönliche Eigenschaften, dem s. g. status civicus beruhenden Hauptrechte in unzertrennlicher Verbindung stehe und sich zu diesem wie Wirkung zur Ursache verhalte, nur Folge eines bestimmten Verhältnisses sei. Zwischen der erwerbenden Thatsache der Aufnahme als Ortsbürger, dem Klaggrunde, und dem jetzigen Zustande liege aber eine Thatsache, welche wenigstens bezweifeln lasse, ob dadurch jener Rechtserwerb nicht wesentlich alterirt, wo nicht erloschen sei. Kläger sei aus der Gemeinde weggezogen, ihr gegenüber ausgewandert, ohne daß er sich auf einen Vertrag oder sonstigen Rechtstitel berufen könne, wenigstens berufen habe, dem zu Folge ihm die Fortdauer des erworbenen Ortsbürgerrechts oder gar ein Recht auf den Bezug von Loosholz unbedingt, auch nach seinem Wegzuge, zugesichert worden wäre. Die Streitfrage bestehe daher nur darin: Kann ein Ortsbürger, welcher aus der Gemeinde weggezogen ist, verlangen, ohne Weiteres verlangen, noch als Glied der Gemeinde angesehen zu werden, oder, — was gleichbedeutend — besteht wenigstens in der beklagten Gemeinde das Institut der Ausbürgerschaft, dem zu Folge es gestattet ist, das einmal erworbene Bürgerrecht auch im Fall der Verlegung des Wohnorts beizubehalten?

Runde: Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 449.

Diese Frage sei eine politische keine civilrechtliche[3]) gehöre dem Kreise des Gemeindeverfassungswesens an, also dem Kreise der Verwaltungsbehörde. Denn sowie die Verleihung des Ortsbürgerrechts Sache der Verwaltung sei, so sei auch diese Behörde competent, wenn es sich von dem Verluste handle[4]).

---

3) Vergl. dag. Annalen der Justizpflege und Verwaltung in Kurhessen, Bd. 1. Cassel 1854. No. 52: Steht dem Ausbürger ein Anspruch auf Benutzung der Gemeindeanstalten 2c. als ein Theil des vorbehaltenen Heimathsrechts zu.

4) Correferent fügte noch einige Betrachtungen hinzu: Nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts gebühre der Verwaltung die Sorge für die Pflege der öffentlichen Zustände, besonders die Leitung der öffentlichen Angelegenheiten, die aus dem Social-Verband (Staat oder Gemeinde) hervorgingen. Sowie die Verwaltung ausschließlich befugt sei, nicht nur die

Wenn die Gemeindeordnung v. J. 1821, indem sie in dem Art. 49 ausspreche, daß der Gemeinderath über die Aufnahme der Inländer als Ortsbürger vorbehaltlich des Recurses an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde (Kreisamt) entscheide, von dem Verluste des Ortsbürgerrechts durch das Wegziehen, überhaupt von dessen Verlust schweige, so könne es doch keinem Zweifel unterworfen sein, daß selbst im entgegengesetzten Fall der Richter zur Entscheidung nicht competent sei. Denn die Art der Aufnahme und Entlassung sei von den frühern Organisationen für einen Act der Verwaltung erklärt worden, und dann sei die Gemeindeordnung selbst ein den Richter nicht berührendes Verwaltungsgesetz. Dazu das Organisationsedict v. J. 1832, welches im Art. 35 Recurse gegen Verfügungen der Kreisräthe hinsichtlich der Berechtigung der Ortsbürger zum Mitgenusse des Gemeindevermögens dem Kreise des neugeschaffenen Administrativ-Justizhofs zuweise. Sonach habe die Gesetzgebung solche Ansprüche für Rechtssachen erklärt, ohne ihnen jedoch den Charakter von Civil-Justizsachen zuzugestehen; sie habe die Eigenschaft als Verwaltungssache als vorherrschende fest gehalten und darum die Verwaltungsbehörde berufen. Allerdings begegneten sich auf dem Gebiete der Praxis abweichende Ansichten. Man vindicire gern den Gerichten die

---

staatsbürgerlichen Lasten, als Steuern, Conscription u. s. w. zu reguliren und über die sich darauf beziehenden Reclamationen zu entscheiden, sondern auch über Aufnahme und Entlassung der Staatsbürger, über Zulassung zu den bürgerlichen Gewerben und zur Begründung eines jeden Nahrungsstandes, über die Antheile an dem Genusse der öffentlichen Güter und Institute zu verfügen, so stehe der Verwaltung auch allein die Regulirung der blos durch den Gemeindeverband und dessen Voraussetzungen vermittelten Verhältnisse zu. Daher sei sie allein zuständig, wenn über die Frage entschieden werden solle, ob dem Einzelnen ein Antheil, und welcher, an den gemeinheitlichen Lasten und Nutzungen zukomme, so also zur Entscheidung der Frage berufen, ob das Ortsbürgerrecht noch fortdauere, daher das davon abhängige Recht auf Nutzungen dem Ausgewanderten noch zustehe.

Vergl. den Artikel: Administrativjustiz im ersten Band des Rechtslexicons (von Jordan). Dieses Archiv Bd. 4, S. 305 zc. Mittermaier: Versuch der Grenzberichtigung zwischen den Justiz- und Verwaltungsbehörden, Bd. 20. S. 115 zc. Bd. 21, S. 101 zc.; Ueber das Verhältniß der Justiz zu den Verwaltungsgesetzen zc.

Competenz, welche auch die Reichsgerichte in Anspruch genommen hätten. Indessen habe sich die inländische Praxis consolidirt. Das Ministerium des Innern und der Justiz sei nach eingezogenen Erkundigungen nie darüber im Zweifel gewesen, daß die Verwaltungsbehörden competent seien. Auch der Staatsrath habe mehrmals dahin erkannt, daß solche Ansprüche der Entscheidung der Verwaltungsbehörde anheimfalle [5]).

Erk. vom 2. Mai 1834 in Sachen des Zolleinnehmers Kattmann zu Gießen, Kläger, gegen die Gemeinde Großzimmern, Beklagte, wegen Entziehung des Gemeindeloosholzes [6]).

Vergl. damit ein Erkenntniß des O.-A.-G's. in Dresden v. J. 1843 im 3. Band des Seuffert'schen Archivs Nr. 371: Gemeindeangelegenheit. Justiz- oder Verwaltungssache. (Anerkennung der Zuständigkeit der Justizbehörde), und ein Urtheil des O.-A.-G's. in Celle v. J. 1838 im 7. Band desselben Archivs Nr. 147: Grund des Nutzungsrechts der Gemeindeglieder an dem Gemeindevermögen. (Die Competenz des Tribunals, das zu Gunsten der Kläger erkannte, wurde gar nicht bestritten). S. auch noch Arends a. a. O. S. 344 ꝛc., wo sich ein mittelgerichtliches Erkenntniß v. J. 1834 mitgetheilt findet, dahin gehend: Wenn darüber gestritten werde, ob Jemand zur Gemeinde gehöre und als solcher an dem Gemeindeeigenthum — Gemeindeweiden — Theil habe, so sei die Verwaltungsbehörde competent; leite er aber seinen Anspruch aus einem privatrechtlichen Titel her, so sei das Civilrecht zuständig.

II. Die Prüfung der Frage, ob der Richter oder die Verwaltungsbehörde competent sei, gehört zur Official-Thätigkeit des Richters. Reformatio in pejus.

In derselben Rechtssache ging das oberste Tribunal bei Erlassung seines Erkenntnisses auch davon aus: Obgleich es ganz

---

5) Eigenbrodt: Das Verhältniß der Gerichte zur Verwaltung im Großherzogthum Hessen mit Entscheidungen des Staatsraths. Darmst. 1840, S. 137. Vgl. noch v. Lepel: Der Großherz. Hess. Staatsrath. Darmst. 1856. S. 127.

6) Eigenbrodt gedenkt a. a. O. Note 10 dieses Erkenntnisses, jedoch nur mit einigen Worten, indem er bemerkt, daß sich auch das oberste Gericht gegen die Competenz der Gerichte ausgesprochen habe.

richtig steht, daß in erster Instanz weder von den streitenden Theilen, noch von dem Gericht die Frage erhoben worden sei, ob die Gerichte zuständig seien, im Gegentheil das Gericht sich thatsächlich für competent erachtete, indem es auf Beweis erkannte, so hinderte doch weder dieser Umstand, noch die Verordnung vom 8. März 1815, das Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde angehend[7]), das Gericht voriger Instanz, seine und des Untergerichts Zuständigkeit, überhaupt die Frage: ob die Sache der richterlichen Competenz angehöre, zu prüfen, und, wenn er diese nicht als begründet fand, so, wie geschehen, zu erkennen. Die Prüfung dieser Frage gehört gesetzlich zur Officialthätigkeit des Richters, von welcher ihn die Parteien nicht dispensiren können, auch wenn sie es für gut finden, keinen Gebrauch von den ihnen in der Verordnung eingeräumten Rechten zu machen[8]). Es steht nicht in ihrer Gewalt, dem Richter eine Zuständigkeit einzuräumen, welche ihm die Staatsgewalt entzogen hat. In allen Fällen, in denen schon in erster Instanz den streitenden Theilen das Verfügungsrecht beschränkt ist, ist dieses auch in zweiter Instanz der Fall, so daß in so fern der Begriff der Rechtskraft keinen Raum hat.

Mittermaier: Ueber reformatio in pejus im 7. Band dieses Archivs.

III. Die Anordnung der öffentlichen Verwaltung ist einer abändernden richterlichen Bestimmung nicht unterworfen. Anwendung dieses Grundsatzes auf Abänderung der Form der Besoldung des Staatsdieners.

Hofgerichtssekretär S. hatte neben seinem fixen Gehalt von den ihm ertheilten Commissionen die Sporteln zu beziehen. Diese Einnahme wurde ihm durch eine das Sportelwesen aufhebende und einen Gerichtsstempel einführende Verordnung vom 27. Aug. 1822 entzogen. Dafür wurde durch Dekret vom 11. Mai 1824

7) Linde: Handb. über die Lehre von den Rechtsmitteln, Bd. 2. 1840, hat sie S. 609—614 mitgetheilt.

8) Arends a. a. O. S. 354.

sein Gehalt erhöht. Da er darin keine hinreichende Entschädigung erkannte, so erhob er gegen den Centralfiscus bei dessen competentem Gericht, dem Hofgericht, die entsprechende Klage. Dieser Gerichtshof legte bezüglich der Vergangenheit dem Kläger den Beweis auf: daß, von dem Zeitpunkt an, da ihm der Bezug der Commissionsgebühren von den ihm zugetheilten Commissionen nicht mehr gestattet worden sei, diese Gebühren mehr, als jene Besoldungserhöhung, und wie viel mehr betragen haben würden. Bezüglich der Zukunft erkannte der Gerichtshof den Beklagten für schuldig: den Kläger wieder in den Bezug der Gebühren von den ihm zuzutheilenden Commissionen einzusetzen[9]. Dagegen falle die Erhöhung des Gehalts hinweg. Kläger behaupte, diese Zulage komme dem Betrage der ihm zukommenden Gebühren nicht gleich; stehe dieses richtig, so sei bezüglich der Vergangenheit die Staatsregierung verbunden, das Fehlende zuzuschießen; bezüglich der Zukunft sei, da sich im voraus nicht ausmitteln lasse, welche Commissionen dem Kläger ertheilt würden und wie viele Gebühren ihm dafür zuflössen, dieser befugt, gegen Aufgebung der Besoldungszulage die Wiedereinsetzung in den Bezug der Commissionsgebühren (nach den Bestimmungen jener Verordnung Abschnitt III. §. 1) anzusprechen.

Als hiergegen der Beklagte Berufung ergriff, hob das Gericht in dem erforderten Bericht die Bemerkung hervor, seinem Urtheile könne mit Grund nicht die Auslegung gegeben werden, als werde dadurch die gesetzgebende und höchste Staatsgewalt beschränkt; es verstehe sich von selbst, daß die richterliche Gewalt in dieses Gebiet nicht eingreifen könne; allein darüber, ob und in wie fern durch Gesetzgebung wohlerworbene Privatrechte verletzt seien, und ob und welche Entschädigung dafür zu gewähren sei, habe der Richter zu entscheiden.

Nach Erkennung voller Prozesse erkannte das oberste Gericht am 29. Mai 1829 dahin, daß die hofgerichtliche Sentenz bezüglich der dem Kläger für die Zukunft zukommenden Entschädigung dahin abzuändern sei, daß Beklagter zu jener Wiedereinsetzung des Klägers nicht verbunden sei und die in jenem höchsten

9) Rechtslexicon, Bd. 1, s. v. Beamte, S. 748.

Dekret vom 11. Mai 1824 hierüber sprechende Verfügung, als Anordnung der öffentlichen Verwaltung, einer abändernden richterlichen Bestimmung nicht unterliegen könne, daß jedoch Beklagter verbunden sei, dem Kläger für die durch diese administrative Anordnung ihm entzogenen, einen Theil des bisherigen rechtmäßigen Diensteinkommens bildenden Commissionsgebühren volle Entschädigung zu leisten, in so fern er beweisen werde, daß sein jährliches ordnungsmäßiges Einkommen an solchen Gebühren nach einem zehnjährigen Durchschnit mehr und wie viel mehr betragen habe, als die ihm zugewiesene Erhöhung des fixen Gehalts.

IV. Pensionirung des Gemeindebeamten. Competenzbegründung der Klage des Pensionirten gegen die Gemeinde auf Zahlung des Ruhegehaltes.

Bei Erlassung eines Erkenntnisses ging das oberste Gericht davon aus: Das Ministerium des Innern beaufsichtigt das Gemeindewesen; die Regulirung des Ruhegehalts eines Gemeindebeamten erscheint daher als eine Act der Verwaltung. Wenn nun Kläger in seiner Klagschrift behauptet, daß die competente Verwaltungsbehörde den ihm gesetzlich gebührenden Ruhegehalt durch Fixirung einer Summe regulirt habe und diese anspricht, so kann das Gericht nicht davon ausgehen, er hätte sein Diensteinkommen angeben müssen, und die Klage darum, weil dieses nicht geschah, angebrachtermaßen abweisen. Genügend ist die genaue Angabe, in welcher Weise der Ruhegehalt von der zuständigen Verwaltungsbehörde regulirt worden ist.

Erk. vom 8. Juli 1845 in Sachen des pensionirten Marschcommissärs Müller in Darmstadt, Kläger, gegen die Gemeinden Spachbrücken und Zeilhard wegen Zahlung eines Ruhegehalts.

V. Unbedingtes Mandat.

Während eines Ehescheidungsprozesses wendete sich der beklagte Ehemann an das Gericht mit dem auf Bescheinigungen gestützten Gesuche, gegen seine Ehefrau ein unbedingtes Mandat zu erlassen, zu verfügen, daß sie binnen 24 Stunden bei nam-

hafter Geldstrafe die von ihr geführte Hurenwirthschaft aufgebe und sämmtliche in ihren Diensten stehenden Dirnen entlasse. Das Gericht verwarf das Gesuch namentlich darum, weil, wenn gleich nach Einziehung von Erkundigungen bei der Polizeibehörde das Bordell bestehe, es doch auch schon vor Eingehung der Ehe bestanden habe. Nun Beschwerde des Impetranten bei dem Mittelgericht: Er könne als Ehemann fordern, daß seine Gattin ihm gehorche. Da es nun notorisch sei, daß diese ein Bordell halte, so handle es sich von einem facto nullo jure justificabili, daher ein unbedingtes Mandat statthaft sei [10]. Das Mittelgericht verwarf aus demselben Grunde die Beschwerde: Es ließen sich hiernach allerdings Einreden der Impetratin denken, so, daß ein unbedingtes Mandat sich nicht rechtfertigen lasse. Zur Begründung der Beschwerde bei dem obersten Gericht hob Impetrant noch hervor: Sein Recht, seiner Ehefrau das zu verbieten, was das Gesetz verbiete und mit peinlicher Strafe bedrohe:

> Art. 339 des Strafgesetzbuchs: Wer gewerbsmäßig zur Unzucht Anderer Gelegenheit verschafft, oder Vorschub leistet — ist wegen Kuppelei mit Correctionshaus bis zu drei Jahren zu bestrafen.

sei keinerlei Beschränkung unterworfen; sollte er ihr Jahrelang gestattet haben, was er ihr jetzt verbiete, so sei dieses Verbot doch wirksam. Seine Zustimmung berechtigte sie so wenig, als sie ihn binde. Die Impetrantin sei daher keineswegs in der Lage, Einwand entgegen zu setzen.

Aus gleichem Grunde verwarf das Tribunal den Recurs [11].

Verfüg. vom 16. Juni 1846 in Sachen des Oekonomen Müller in Darmstadt, Impetranten, gegen seine Ehefrau, Impetrantin, wegen Aufhebung eines Bordells.

---

10) Bayer: Theorie der summarischen Prozesse, 6. Aufl. S. 23 2c. Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, 1859, S. 528. Schmid: Handb. d. Proz. III. §. 201.

11) Als Impetrant später im ordentlichen Prozeß klagte, wurde er abgewiesen, und dieses Erkenntniß wurde durch Reformation des Tribunals v. J. 1849 hergestellt. Seuffert's Archiv der Entscheidungen, Band 10, Nr. 58.

VI. Einrede der Rechtskraft[12]).

Herr Hofgerichtsrath Dr. Schäffer hat bereits in seinem Beitrage zum 12. Band der Neuen Folge der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß: „Zur Lehre von der res judicata, insbesondere der Rechtskraft der Entscheidungsgründe; unter Mittheilung von Rechtsfällen" mehrere Erkenntnisse hessischer Gerichte vorgeführt, welche sich mit der Einrede der Rechtskraft zu beschäftigen hatten. Dazu ein hofgerichtliches Erkenntniß, mitgetheilt S. 175, 176 des 6. Bandes des Archivs für praktische Rechtswissenschaft unter der Aufschrift: Ein zum Nachtheil der Mutter eines außerehelichen Kindes auf eine gegen den Schwängerer auf Grund angeblichen Eheverspruchs erhobene Paternitäts- und Ehevollzugsklage ergangenes Erkenntniß begründet die exceptio rei judicatae gegen die Klage des seine Kindesrechte später selbst verfolgenden außerehelichen Kindes.

Wohl konnte v. Arnold seine Erörterung im zweiten Heft seiner Schrift: „Praktische Erörterungen aus dem Rechtsgebiete"; Nr. XI: Ueber den Umfang und die Gränzen der res judicata damit einleiten, daß er hervorhob, diese Lehre sei besonders wichtig wegen der actio judicati und der exceptio rei judicatae und, wie die tägliche Praxis lehre, nicht einfach. Wie es scheint, trägt die Darstellung von Rechtsfällen, insbesondere solcher, wobei der Richter sich mit der Einrede der Rechtskraft zu beschäftigen hatte, zur Illustration dieser Lehre erheblich bei. Darum die folgende Darstellung mehrerer Erkenntnisse des obersten Gerichts bezüglich dieser Einrede.

I. Nachdem die Kläger, welche ihr Recht aus einer Universalsuccession herleiteten, weil die ursprünglich Berechtigte ihnen ihr gesammtes Vermögen unter Lebenden geschenkt habe, angebrachtermaßen abgewiesen worden waren, und zwar darum, weil eine

---

12) Rechtslexicon, Bd. 3. s. v. exceptio rei judicatae, S. 771—780.

Schenkung unter Lebenden keine Universalsuccession begründe, erheben sie eine neue auf Singularsuccession gestützte Klage, hergeleitet aus derselben Schenkung[13]. Der Beklagte schützte, die Einlassung verweigernd, die Einrede der Rechtskraft vor: Die Kläger seien bereits mit ihrer aus dem Schenkungsvertrage hergeleiteten Klage rechtskräftig abgewiesen worden. Wenn sie also, wiederholt klagend, eben darauf ihre Legitimation stützten, so stehe ihnen die Rechtskraft entgegen. Replik: Die Einrede sei unbegründet, da die Singularsuccession noch nicht den Gegenstand der Contestation gebildet habe. Das Gericht verurtheilte zur Einlassung: Da die Einrede der Rechtskraft allseitige Identität, besonders in der thatsächlichen Begründung, erfordere, so sei weder eine ausdrückliche, noch stillschweigende Aburtheilung der auf eine andere Succession gestützten Activlegitimation erfolgt. Das Gericht zweiter Instanz erachtete die Einrede als begründet und wies die Klage ab. Darum Oberberufung der Kläger.

Wesentlicher Inhalt des Gutachtens des oberst-richterlichen Referenten: Die Beantwortung der Frage, ob die Einrede der Rechtskraft begründet sei, bietet Schwierigkeiten dar. Derselbe Anspruch, derselbe Zweck nach beiderseitiger Anerkennung. Dagegen Streit darüber, ob in beiden Fällen der behaupteten Sachlegitimation derselbe Rechtsgrund unterliege. Allerdings handelte es sich früher von einer Universalsuccession durch Schenkung des ganzen Vermögens, jetzt von einer Singularnachfolge. Dies genügt aber nicht, um jene Einrede fern zu halten. Er bedarf dazu noch der Verschiedenheit des Rechtsgrundes, die vermißt wird, da der Rechtsgrund, der Schenkungsvertrag, derselbe ist. Hiernach dürfte die Beschwerde als nicht begründet erscheinen. Indessen könnte man zu dem entgegengesetzten Ergebnisse durch folgende Argumentation gelangen: Wenn gleich in beiden Fällen der Schenkungsvertrag dem Antrage, die Legitimation für herge-

---

13) Vergl. Seufferts Archiv Bd. 10, No. 293: Wirksamkeit der exceptio rei judicatae bei Klage aus demselben Rechtsgeschäfte (Erk. des O.-A.-G's. in Celle) Bd. 7, Nr. 109: Exceptio rei jud. Eadem causa petenti. (Erk. des O.-A.-G's. in Lübeck.) Bd. 12, Nr. 92: Zur Lehre von der exceptio rei judicatae.

stellt zu erachten, zu Grunde liegt, so hat doch das Gericht erster Instanz, gegenüber der ersten Klage, nur angenommen, die Legitimation solle durch das Berufen auf eine Universalsuccession begründet werden, und durch auch rechtskräftig gewordenen Bescheid den Klägern den Beweis auferlegt, daß sie Universalsuccessoren der Wittwe K. (der Schenkerin) geworden seien. Die Herstellung der Legitimation zur Sache war von diesem Beweise abhängig gemacht worden, und da dieser nicht erbracht (und so die Klage wie angebracht verworfen) wurde, so kann nun die Legitimation auf die Behauptung der Singularsuccession gestützt werden, die als ein anderer Rechtstitel erscheint.

In Adoption dieser Argumentation durch Stimmenmehrheit reformirte das Tribunal durch Herstellung des Erkenntnisses erster Instanz[14]).

Erk. vom 28. October 1842 in Sachen der Wittwe des Schultheißen Klehm, modo des Pachters Kraft, nun dessen Erben, in Aulendiebach, Kläger, gegen Heinrich Kaul III. in Niedermoxstadt, Beklagten, wegen Aufhebung eines Schenkungsvertrags.

II. Die Gemeinde E. wurde von der Verwaltungsbehörde angehalten, zu den Kosten der Reparatur der Oekonomiegebäude der Pfarrwohnung zu F. beizutragen, weil sie eine Filialgemeinde der Pfarrei F. sei, und stellte die Negatorienklage gegen diese Gemeinde auf Befreiung von dieser Last an. Sie wurde damit abgewiesen, weil sie den entsprechenden Beweis nicht erbringen konnte.

Einige Jahre später wurde die Gemeinde E. aufgefordert, als Filial zu den Kosten des Neubaus des Pfarrhauses zu F. beizutragen. Erhebung einer neuen Negatorienklage. Die dagegen gerichtete Einrede der Rechtskraft, gestützt auf das frühere Urtheil,

---

14) Nahe verwandt ist der Rechtsfall, welcher im 15. Bd. des Heimerl'schen Magazins für Rechts- und Staatswissenschaft. 1857. S. 136 rc. dargestellt ist: Civilrechtsfall, den Rückerlag der Klage betreff.: Mit Bemerkungen von Kitka. Dieser critisirt das die Einrede der Rechtskraft verwerfende Erkenntniß, weil der neuen Klage die gleiche Thatsache (Beischlaf) unterliege.

ward in erster und zweiter Instanz für begründet erkannt. In Folge hiervon Verwerfung der Klage. In letzter Instanz wurde angenommen, das frühere Verfahren beurkunde, daß die Gemeinde E. Filial der Pfarrei F. sei, wenigstens in einem Parochialverbande mit derselben stehe, weil der Pfarrer zu F. seit undenklichen Zeiten auch Pfarrer der Gemeinde E. sei. Indessen reformirte das Tribunal doch dahin: Der Klägerin sei der Beweis ihres Klaggrundes, der Beweis aufzulegen, daß sie herkömmlich von der Concurrenz zu den Kosten des Neubaus der Pfarrwohnung frei sei. Gründe: Die Rechtskraft kann der Klage nicht entgegengesetzt werden. Durch ihre frühere Klage hatte die Klägerin die Freiheit von Beiträgen zu den Kosten der Ausbesserung der Pfarr-Oekonomiegebäude darauf hin angesprochen, daß sie kein Filial der Pfarrei F. sei, vielmehr eine eigne Parochie bilde. Jetzt behauptet sie, daß sie niemals zu den Kosten des Baus der Pfarrwohnung zu F. beigetragen habe, dazu nicht verbunden sei. Also die Behauptung herkömmlicher Befreiung von dieser Verbindlichkeit, und so ein verschiedenes Fundament der Klage. Hiernach fehlt es an einer Bedingung der Statthaftigkeit jener Einrede. Dagegen kann diese nicht durch Hindeutung darauf elidirt werden, daß der Gegenstand verschieden sei, indem es sich früher von dem Antheil an den Kosten der Unterhaltung der Oekonomiegebäude gehandelt habe, jetzt aber es sich von der Theilnahme an den Kosten des Neubaus des Pfarrhauses handle. Streitgegenstand war früher die auf den Titel hin, daß E. kein Filial von F. sei, angesprochene Freiheit von Entrichtung der Beiträge zu den Parochialkosten, nicht die einzelne Leistung, zu welcher damals die Klägerin aufgefordert wurde. Der vorliegende Fall ist in der eingreifenden Beziehung identisch mit dem, da Jemand, gestützt auf ein ihm zustehendes Eigenthumsrecht, gegen einen Dritten darum klagt, weil dieser über sein Grundstück gehe, dieser aber eine Wegegerechtigkeit anspricht und nachzeigt, so daß die Klage verworfen wird. Hier kann Kläger keine neue Klage, gestützt auf den früheren Klagegrund, darum erheben, weil Beklagter über sein Grundstück reite, und die Einrede der Rechtskraft kann er nicht dadurch wegschieben, daß er hervorhebt, früher sei nur das Gehen, nicht das Reiten über das Grundstück Gegenstand

des Rechtsstreits gewesen. Denn diesen Gegenstand bildete die Beides umfassende Weggerechtigkeit; die rechtskräftige Abweisung der ersten Klage trägt die der zweiten in sich. Dadurch, daß die Klägerin mit ihrer früheren Klage, gestützt auf die Behauptung, sie sei kein Filial von F., abgewiesen wurde, weil sie den das Fundament der Klage angehenden Beweis nicht erbrachte, ist ihre Eigenschaft als Filial, und somit ihre Verbindlichkeit zur Theilnahme an allen den Filialisten obliegenden Lasten rechtskräftig festgestellt. Also Gleichheit des Streitgegenstandes [15]).

Erk. vom 15. Mai 1841 in Sachen der Gemeinde Eifa, Klägerin, gegen die Gemeinde Frohnhausen, Beklagte, wegen Concurrenz zu den Baukosten der Pfarrwohnung zu Frohnhausen.

III. Im Gange eines Rechtsstreits wegen Scheidung von Tisch und Bett bat die klagende Ehefrau das Gericht, dem beklagten Ehemann aufzugeben, ihr zur Bestreitung der Kosten eine Vorlage von 35 Gulden zu zahlen. Das Gericht erließ diese Verfügung. Der Beklagte schützte die Einrede des Spoliums vor, die entsprechende Bitte anknüpfend. Durch Bescheid vom 21. Jan. 1838 erkannte das Gericht dahin: der Beklagte sei schuldig, jener Verfügung nachzukommen, jedoch erst dann, wenn Klägerin zuvor die Gegenstände des Spoliums restituirt haben werde. Zugleich wurde die Thatsache des Spoliums zum Beweise ausgesetzt, den Beklagter antrat. Da beide Theile während der Frist zur Erklärung darauf baten, den Rechtsstreit, unter Offenhaltung der Frist, beruhen zu lassen, so schlief diese. Während dieser Ruhe wendete sich die Klägerin im Sept. 1841 wiederholt an das Gericht mit dem Antrage, dem Beklagten die Auszahlung einer Kostenvorlage, deren Betrag dem richterlichen Ermessen überlassen sein solle, aufzugeben. Der Beklagte schützte dagegen, gestützt auf jenen Bescheid, die Einrede der Rechtshängigkeit, resp. der Rechts-

15) Vergl. Arends: Sammlung interressanter Erkenntnisse, Band 4, 1853. S. 231—235: Ueber res judicata insbes. objective Identität eines früheren Rechtsstreites mit dem späteren, dann S. 394—401: Ueber die exceptio rei jud. etc. (Erk. des O.-A.-G's. in München).

kraft vor. Als die Sache an das oberste Gericht erwuchs, erkannte dasselbe reformirend dahin, daß sich Klägerin auf diese an sich rechtlich begründeten Einreden zu erklären habe: Beide Anträge derselben beruhten auf demselben Grunde, auf der Verbindlichkeit des Ehemanns, die Frau während des Rechtsstreits zu alimentiren und, als Ausfluß derselben, ihr die zur Bestreitung der Kosten erforderlichen Geldmittel zu verabreichen, berührten denselben Rechtsstreit. Nur die eine Verschiedenheit, daß der erste Antrag auf eine bestimmte Summe gerichtet sei, der zweite nicht. Der Umstand, daß in dem Bescheid vom 21. Januar 1838 nur über das in dem ersten Antrage enthaltene Verlangen einer Vorlage von 35 Gulden erkannt sei, habe das Gericht zweiter Instanz veranlaßt, die Einrede der Rechtskraft für nicht begründet anzusehen. Allein beide Anträge nähmen die Verbindlichkeit des Beklagten zur Kostenvorlage in Anspruch. Diese Verbindlichkeit, nicht die des Beklagten, eine Vorlage von 35 Gulden zu leisten, bilde den Streitgegenstand. Ueber jene hätte das Gericht zu entscheiden gehabt, was es auch gethan habe, indem es durch seinen Bescheid vom 21. Januar 1838 die Verbindlichkeit überhaupt anerkannt und in Folge hiervon den Beklagten für schuldig erkannt habe, der Verfügung wegen Leistung einer Vorlage von 35 fl. nachzukommen. Dieß sei aber nicht unbedingt geschehen, indem zugleich dahin erkannt worden sei, Beklagter habe der Verfügung erst dann nachzuleben, wenn Klägerin zuvor, vorausgesetzt, daß Ersterer den auferlegten Beweis erbringen werde, die Gegenstände des Spoliums erstattet habe. Hiermit sei dahin erkannt worden, daß Beklagter überhaupt bis dahin von der Erfüllung jener Verbindlichkeit frei sein sollte. Sonach erscheine die wegen Verwerfung jener Einreden erhobene Beschwerde als begründet. Da über diese Einreden noch nicht verhandelt worden sei, so müsse sich Klägerin darauf erklären.

Erk. vom 4. September 1844 in Sachen der Ehefrau des **M. Wicht in Griesheim, Klägerin, gegen diesen ihren Ehemann, Beklagter, wegen factischer Trennung.**

VII. Aenderung oder nur Verbesserung der Klage[16]).

Die Praxis des Tribunals hat sich dahin fixirt: Wenn sich Eheleute ohne Errichtung vom Ehepacten verheirathen, so muß angenommen werden, daß, da es von ihrer Willkür abhängt, wie sie ihre wechselseitigen Vermögensrechte ordnen wollen, sie stillschweigend die Gesetze des Orts, wo die Ehe in Wirksamkeit treten solle, nämlich das Domicil des Ehemanns zur Zeit der Eingehung der Ehe, als die Norm angenommen haben, nach welcher ihre wechselseitigen Vermögensrechte beurtheilt werden sollen.

Eine verheirathete Tochter, deren Mutter gestorben war, nahm das von derselben hinterlassene Vermögen, welches ihr als deren Intestaterbin angefallen sei, in Anspruch und erhob gegen ihren Vater als Besitzer dieses Vermögens Klage auf dessen Herausgabe. Der Beklagte wendete auch ein, die Klage gebe nicht an, an welchem Ort er zur Zeit seiner Verheirathung mit der Mutter der Klägerin seinen Wohnsitz gehabt habe, so daß sie als wesentlich mangelhaft erscheine, indem nach jenem in der Praxis des obersten Gerichts herrschenden Grundsatze die vermögensrechtlichen Verhältnisse des Ehegatten nach dem Gesetze des Orts, an welchem der Ehemann zur Zeit der Eingehung der Ehe gewohnt habe, zu beurtheilen sei, der Richter also nicht wisse, nach welchem Recht er zu entscheiden habe. Daher der Antrag: Die Klage wie angebracht abzuweisen. Klägerin äußerte sich replicirend dahin, daß der Beklagte zu jener Zeit seinen Wohnsitz in dem Städtchen K. gehabt habe, wo das gemeine Civilrecht gelte, so daß dasselbe um so mehr Norm sei, als beide Ehegatten Ehepacten errichtet und bestimmt hätten, daß es darnach gehalten werden solle, wenn ein Ehegatte mit Hinterlassung von Kindern sterben sollte.

---

16) Dieses Archiv, Bd. 41, Nr. XIII. Brackenhöft: Die Aenderung des Klagevortrags. Rechtslexicon, Bd. 7. s. v. Klage, S. 164, 165: D. Veränderung und Verbesserung der Klage. Schmid: Handb. d. Proz. II. §. 113: Veränderung der Klage und der Parteiverträge überhaupt. Bayer: Vorträge, S. 550, 551.

Der Beklagte bestritt in der Duplik die Zulässigkeit dieser nachträglichen Ergänzung der Klage nicht.

Als die Sache an das oberste Gericht erwuchs, erhob sich die Frage, ob die Klage angebrachtermaßen abzuweisen sei? Sie wurde durch Reformation verneint. Allerdings sei jener Mangel der Klage ein wesentlicher, weil er den Richter außer Stand setze, zu beurtheilen, ob die Klage rechtsbegründet sei, es frage sich daher ob jene nachträgliche Ergänzung derselben, die allerdings dem Mangel abhelfe, zulässig sei? Diese Frage sei zu bejahen. Die Klage schweige davon, ob die Ehe, aus welcher die Klägerin abstamme, an einem Ort, wo gemeines Recht herrsche, in Wirksamkeit getreten sei, oder ob ihre Eltern bei Eingehung der Ehe übereingekommen seien, es wegen ihrer vermögensrechtlichen Verhältnisse bei dem gemeinen Recht belassen zu wollen. Dennoch sei die Klage nur dahin auszulegen, es sei Absicht gewesen, sie auf dieses Recht zu stützen, da dasselbe da eingreife, wo es am entgegenstehenden partikularrechtlichen oder autonomischen Normen gebreche und die Klage keine Hindeutung darauf enthalte, daß das vorliegende Rechtsverhältniß nach solchen zu beurtheilen sei. Sonach könne, zugleich mit Rücksicht darauf, daß Beklagter die Klage gerade darum bestreite, weil sie sich auf das römische Recht stütze, jener Inhalt der Replik, der darzulegen suche, daß und warum das gemeine Recht Norm sei, nicht als eine Aenderung, sondern nur als eine Emendation der Klage angesehen werde, da der Rechtsgrund derselben der gleiche bleibe. Solche Emendationen seien, wenn die Identität des Rechtsstreits nicht alterirt werde, nach der mit der Doctrin des gemeinen Prozeßrechts übereinstimmenden Praxis des Tribunals zulässig [17]. Dieß könne, was die einzelnen in der Replik hervorgehobenen Thatsachen, insbesondere die Thatsache angehe, daß die Eltern der Klägerin bei ihrer Verheirathung dahin übereingekommen seien, das gemeine Recht solle Norm sein, um so zweifelloser sein, da dadurch dem Beklagten

---

17) Uebereinstimmend die Praxis in dem benachbarten Frankfurtischen, Bender: Lehrbuch des Civilprozesses der freien Stadt Frankfurt, 1837. S. 148. Ueber das Württembergische Prozeßrechts. Schütz: Der Württembergische Civilprozeß, 1834, S. 262—264.

kein Anlaß dazu gegeben worden sei, seiner Vertheidigung eine wesentlich verschiedene Richtung zu geben. Denn schon in seiner Erklärung auf die Klage habe Beklagter behauptet, daß ein ganz entgegengesetztes Uebereinkommen, das, daß der Stadtbrauch zu Gießen[18]) Norm sein solle, getroffen worden sei, nnd da hiermit jenes Vorbringen in der Replik zum Voraus in Abrede gestellt worden sei, so sei, indem die Duplik sich hierauf verneinend eingelassen habe, die Vertheidigung dieselbe geblieben und finde der unterrichterliche Entscheidungsgrund keinen Raum. Auch das weiter unterrichterliche Bedenken, daß in jenem Vorbringen in der Replik eine Aenderung der Klage in so fern enthalten sei, als in derselben das Erbrecht auf das Gesetz, nun auf die Ehepacten gestützt werde, habe keinen Halt. Denn wenn die Eltern der Klägerin sich hierdurch dem gemeinen Recht unterworfen hätten, so sei dieses allein maßgebend. Mithin diene die Emendation nur zur Aufklärung der der Klage zu Grund liegenden Unterstellung, daß der Beklagte sich unter der Herrschaft des gemeinen Rechts verheirathet habe, und da dasselbe auch in der Replik als Norm bezeichnet werde, so sei keine andere Bezeichnung derselben und so keine Abänderung der Klage vorgenommen worden. Allerdings sei durch jenes Vorbringen in der Replik der Beklagte zu einer neuen Vertheidigung veranlaßt worden; allein das daraus etwa abzuleitende Bedenken werde dadurch beseitigt, daß der Beklagte dessen Zulässigkeit in der Duplik nicht bestritten haben, sich vielmehr ohne allen Vorbehalt darauf eingelassen hätte. Nach der Praxis des Tribunals würden sogar in einem solchen Fall eigentliche Aenderungen der Klage, wenn sie keine Verschiebung der Grundlagen des Rechtsstreits in sich trügen, zugelassen[19]).

---

18) „Durch die Schöffen componirt anno 1573". Nach diesem Statut, abgedruckt im Anhang zu Senkenbergs Commentatio de jure hassorum privato antiquo et hodierno, 1742, erbt der überlebende Ehegatte, auch wenn Kinder aus der Ehe mit dem verstorbenen da sind, das bewegliche Vermögen, während ihm der Nießbrauch des unbeweglichen Vermögens auf Lebenszeit verbleibt.

19) Seufferts Archiv, Bd. 12, Nr. 86: Neuer Klaggrund, in der Replik angebracht. Erk. vom Jahr 1845.

Im Wesentlichen übereinstimmend der Entwurf der Civilprozeßordnung,

Erk. vom 11. Januar 1854 in Sachen der Ehefrau des Preußischen Lieutenants v. F. in Düsseldorf, Klägerin, gegen den pensionirten Kreisrath v. N. in Darmstadt, Beklagten, wegen Herausgabe mütterlichen Vermögens.

VIII. Verbesserung und Erläuterung einer peremtorischen Einrede in der Duplik.

In einer im Jahr 1850 an das Tribunal erwachsenen Rechtssache hatte dasselbe die Frage zu entscheiden: ob eine peremtorische Einrede noch in der Duplik verbessert oder erläutert werden könne? Sie wurde bejaht: Dieß sei unter denselben Bedingungen statthaft, unter denen eine Klage in der Replik verbessert oder erläutert werden dürfe. Jede peremtorische Einrede müsse zur Rechtsbeständigkeit dieselben Bestandtheile enthalten, wie die Klage: Historischer und Rechtsgrund, das Gesuch. — Die Rechtsparömie: reus excipiendo sit actor; die Rechtsgleichheit der streitenden Theile mache sich geltend. Davon ausgehend, lehrten auch die Prozessualisten, der Richter sei, wenn eine solche Einrede mangelhaft substantiirt erscheine, gehalten, dem Beklagten die Verbesserung aufzugeben. Sei aber gemeinrechtlich eine Officialthätigkeit des Richters begründet, so könne es, wenn derselben nicht genügt werde, auch der Parthie nicht versagt sein, von selbst zur Verbesserung zu schreiten. Nur dürfe es auf keine rechtliche Abänderung des Standes der Sache und keine Beeinträchtigung der etwa vom Gegner in derselben bereits erworbenen Rechte abgesehen sein; das nachträgliche Vorbringen dürfe blos als eine Verbesserung oder Erläuterung der Einrede erscheinen, was der Fall sei, wenn die factische und rechtliche Grundlage derselben wesentlich bleibe, wenn also eine in der Exceptionalhandlung hinsichtlich eines Nebenpunktes vorkommende Unrichtigkeit berichtigt, eine thatsächliche Unbestimmtheit gehoben werde.

Tit. XIV. Von der Aenderung der Klage, der Einreden oder der weiteren Verträge.

IX. Die Absicht der Contrahenten als Umfang der Competenz der sachverständigen Schiedsrichter.

Aus den vom Gutachten des Referenten repräsentirten Motiven des obersten Gerichts:

Zwar hat es allerdings nach den Worten des Vertrags über den Verkauf des Waarenlagers von Seiten des nunmehrigen Klägers an den Beklagten den Anschein, daß die darin erwähnten, zur Entscheidung im Fall des Streites berufenen Experten nur über die Gangbarkeit der Waaren, nicht über die Frage, ob sie auch in gutem Zustande seien[20], zu entscheiden haben sollten. Auch ist die Gangbarkeit der Waare nicht durch die gute Beschaffenheit derselben bedingt. Auf der andern Seite läßt sich aber nicht verkennen, daß nach der aus dem Vertrage hervorleuchtenden Absicht der Contrahenten, jedem gerichtlichen Streit über die Beschaffenheit der Waare durch den Ausspruch von Schiedsmännern vorzubeugen, die diesen zugewiesene Function in jenem weiteren Sinne verstanden werden müsse. Würde man das Gegentheil annehmen, so würde man zu dem sonderbaren Ergebnisse gelangen, daß die verschiedenen Eigenschaften derselben Waaren gleichzeitig theils durch Schiedsrichter, theils durch gerichtliche Beweisführung zu ermitteln wären, was doch wohl nicht in der Absicht der Contrahenten lag.

Erk. vom 8. April 1843 in Sachen des Kaufmanns Joh. Baptist Müller in Bensheim, Kläger, gegen Kaufmann Joh. Müller daselbst, Beklagten, wegen Vertragserfüllung.

Vergl. Goldschmidt: Abhandlungen aus dem gemeinen deutschen Civilprozesse, 1818. Abhandl. XII. Ueber die Lehre vom vertragsmäßigen Schiedsrichter (dieses Archiv, Bd. 2, S. 166 ꝛc.). v. Holzschuher: Der Rechtsweg, 1831, S. 173 ꝛc.

---

20) Die Beschwerde fand Beklagter und Oberappellant darin, daß erkannt worden war, die Entscheidung der Frage, ob die Waaren gut seien, sei ebenfalls dem Urtheile der zu bestellenden Experten anheimgestellt. Die Beschwerde wurde verworfen.

X. Nothwendige Kosten.

Bei dem Tribunal erhob sich auf Anlaß einer außergerichtlichen Beschwerde die Frage, ob der in die Erstattung der Kosten verurtheilte Streittheil auch die Kosten ersetzen müsse, welche dadurch erwuchsen, daß sein zum Zweck der Ausschwörung eines Haupt-Eides vor dem Untergericht[21]) erschienener Gegner sich von seinem Anwalt begleiten ließ. In dem Erlasse an das Mittelgericht, welches bisher den Grundsatz festgehalten hatte, daß im Falle der Ableistung eines Haupteides die Kosten, welche durch die Gegenwart des Anwalts im Schwörtermin erwachsen seien, zu den nothwendigen Kosten gehörten, vorausgesetzt, daß überhaupt die Bestellung eines Anwalts gestattet sei, sprach sich das Tribunal dahin aus: Es könne, so fern nicht besondere Gründe eine Ausnahme rechtfertigten, nicht als nothwendig angesehen werden, daß in den bei den Landgerichten (Untergerichten) anhängigen Rechtsstreiten die zur Ausschwörung eines Eides vorgeladene Parthie sich dazu von einem Anwalt begleiten lasse; daher könnten die hierdurch veranlaßten Kosten nicht als nothwendige, von dem unterliegenden Theile zu erstattende Kosten angesehen werden.

Rescript vom 20. Juni 1844.

Vergl. Weber: Ueber die Prozeßkosten. 5. Aufl., 1811, §. 14, bes. S. 150. Rechtslexicon, Band 6. s. v. Kosten. S. 201—203.

---

21) Im Großherzogthum Hessen gibt es keine Anwälte, die ihren Sitz bei den Untergerichten haben. Die Anwälte müssen am Sitze des Mittelgerichts wohnen.